

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

**Collective Administration in relation to rights
under sections 3, 15, 18 and 21**

**Gestion collective relative aux droits visés aux
articles 3, 15, 18 et 21**

Copyright Act, ss. 66.51 and 70.15(1)

Loi sur le droit d'auteur, art. 66.51 et 70.15(1)

File: Reprographic Reproduction, 2011-2013

Dossier : Reproduction par reprographie, 2011-
2013

INTERIM STATEMENT OF ROYALTIES TO BE
COLLECTED BY ACCESS COPYRIGHT FOR THE
REPROGRAPHIC REPRODUCTION, IN CANADA,
OF WORKS IN ITS RÉPERTOIRE

TARIF PROVISOIRE DES REDEVANCES À
PERCEVOIR PAR ACCESS COPYRIGHT POUR
LA REPRODUCTION PAR REPROGRAPHIE, AU
CANADA, D'ŒUVRES DE SON RÉPERTOIRE

(Post-Secondary Educational Institutions – 2011-
2013)

(Établissements d'enseignement postsecondaires –
2011-2013)

DECISION OF THE BOARD

(Application to Vary: Transactional Licence)

DÉCISION DE LA COMMISSION

(Demande de modification : licence
transactionnelle)

Reasons delivered by:

Mr. Justice William J. Vancise
Mr. Claude Majeau
Mrs. Jacinthe Théberge

Motifs exprimés par :

M. le juge William J. Vancise
M^e Claude Majeau
M^e Jacinthe Théberge

Date of the Decision

September 23, 2011

Date de la décision

Le 23 septembre 2011

Ottawa, September 23, 2011

Ottawa, le 23 septembre 2011

File: Reprographic Reproduction, 2011-2013

Dossier : Reproduction par reprographie, 2011-2013

Reasons for the decision

Motifs de la décision

[1] On December 23, 2010, the Board certified the *Access Copyright Interim Post-Secondary Educational Institution Tariff, 2011-2013*. The tariff was amended on April 7 and June 28, 2011. It provides, among other things, that a post-secondary educational institution ("institution") needing a licence from Access Copyright (Access) pays a set sum of money per academic year per full-time equivalent student ("FTE") for copies made pursuant to section 2(a) (the "FTE licence") as well as 10 or 11 cents per page copied pursuant to section 2(b) (the "coursepack licence"). The interim tariff closely tracks agreements that governed the relationship between Access and the institutions until the tariff took over on January 1, 2011.

[1] Le 23 décembre 2010, la Commission homologuait le *Tarif provisoire d'Access Copyright pour les établissements d'enseignement postsecondaires, 2011-2013*. Le tarif a été modifié le 7 avril et le 28 juin 2011. Il prévoit notamment qu'un établissement d'enseignement postsecondaire (« établissement ») ayant besoin d'obtenir une licence d'Access Copyright (Access) verse un montant fixe par année scolaire par étudiant équivalent à temps plein (« ÉTP ») pour l'ensemble des copies faites en application de l'article 2 a) (« Licence ÉTP »), et 10 ou 11 cents par page copiée en application de l'article 2 b) (« licence relative aux recueils de cours »). Le tarif provisoire reflète étroitement les ententes qui régissaient les relations entre Access et les établissements avant que le tarif prenne la relève au 1^{er} janvier 2011.

[2] On June 8, 2011, the Association of Universities and Colleges of Canada (AUCC) asked the Board to amend the tariff. It wants to force Access to licence the single use of a single work ("transactional licence") by institutions that do not avail themselves of the FTE licence. In support of its application, AUCC relies on the following arguments. The purpose of the interim tariff is to maintain the *status quo*. Access is breaching the *status quo* by systematically denying applications for digital and paper transactional licences, in an effort to force institutions to operate under the tariff and to use the optional digital licence included in the tariff. Access has encouraged its publisher affiliates to cease granting transactional licences; many have heeded that encouragement. The refusal to negotiate transactional licences shows bad faith that amounts to misconduct. Access is abusing its monopoly power.

[2] Le 8 juin 2011, l'Association des universités et collèges du Canada (AUCC) demandait à la Commission de modifier le tarif. Elle veut forcer Access à accorder une licence pour l'utilisation à la pièce d'une œuvre donnée (« licence transactionnelle ») aux établissements qui ne se prévalent pas de la licence ÉTP. À l'appui de sa demande, l'AUCC invoque les arguments suivants. Le tarif provisoire cherche à maintenir le *statu quo*. Access viole le *statu quo* en refusant systématiquement les demandes de licence transactionnelle numérique ou papier, dans le but de forcer les établissements à fonctionner en vertu du tarif et d'opter pour la licence numérique qui y est prévue. Access a incité les éditeurs qui lui sont affiliés (« éditeurs d'Access ») à cesser d'accorder des licences transactionnelles; nombre d'entre eux ont suivi la consigne. Le refus de négocier des licences transactionnelles dénote une mauvaise foi qui s'apparente à de l'inconduite. Access abuse de son pouvoir de monopole.

[3] Professor Katz supports AUCC's diagnosis but maintains that the remedy requested would only serve the interests of Access to the detriment of the institutions. He continues to argue that the tariff is in effect mandatory¹ and interferes with an institution's ability to obtain licences covering all its needs on competitive terms. He maintains that Access abuses the situation by offering no option but the full tariff, avoids providing meaningful information about the scope of its repertoire and creates confusion as to its extent. This, he says, Access does in an attempt to enshrine itself as the source for all licences, the terms of which will be determined by regulation instead of through competitive processes. He proposes that the Board force Access' publisher affiliates to offer transactional licences by prohibiting Access from acting as an exclusive agent of its affiliates and from granting any transactional licence, and by requiring that affiliates license their works on reasonable terms.

[4] The Association of Canadian Community Colleges (ACCC) essentially supports AUCC. Mr. Maguire agrees that something ought to be done but leaves it up to the Board to select the appropriate remedy.

[5] The response of Access can be outlined as follows.

[6] Past offerings of transactional licences were more limited than the objectors pretend. As a rule, Access offers transactional licences only in markets where few or no comprehensive or blanket licences have been issued. In the post-secondary education market, Access granted transactional licences only to institutions that bought the FTE licence. Paper transactional licences were granted only for uses that were not allowed by the FTE or coursepack licences. A digital transactional licence was offered because AUCC and ACCC refused to deal with digital copies in their model licences. Now that the interim tariff offers a digital licence option at no immediate cost to the institutions, Access sees no

[3] Le professeur Katz partage le diagnostic de l'AUCC, mais soutient que le redressement demandé servirait les seuls intérêts d'Access au détriment des établissements. Il continue de faire valoir que le tarif est effectivement obligatoire¹ et entrave l'établissement qui cherche à obtenir des licences couvrant l'ensemble de ses besoins à des conditions concurrentielles. Il prétend qu'Access abuse de la situation en n'offrant d'autre option que le plein tarif, cherche à éviter de donner des renseignements utiles sur le contenu de son répertoire et sème la confusion quant à son ampleur. Access agit ainsi, dit-il, pour s'incruster comme la source de toutes les licences, dont les conditions seront fixées par règlement plutôt que par des processus concurrentiels. Il propose que la Commission force les éditeurs d'Access à offrir des licences transactionnelles en interdisant à cette dernière d'agir comme agent exclusif de ses éditeurs et d'accorder des licences transactionnelles, et en exigeant que les éditeurs accordent des licences pour leurs œuvres à des conditions raisonnables.

[4] L'Association des collèges communautaires du Canada (ACCC) appuie l'AUCC pour l'essentiel. M. Maguire convient qu'il faut faire quelque chose, mais il laisse à la Commission le soin de choisir le redressement approprié.

[5] Access répond de la façon suivante.

[6] L'offre passée de licences transactionnelles était plus limitée que les opposants le prétendent. En principe, Access offre des licences transactionnelles uniquement dans les marchés où peu ou pas de licence globale ou générale n'a été accordée. Dans le marché de l'enseignement postsecondaire, Access accordait des licences transactionnelles aux seuls établissements qui achetaient la licence ÉTP. Des licences transactionnelles pour la copie papier n'étaient accordées que pour les utilisations qui n'étaient pas autorisées par la licence ÉTP ou celle relative aux recueils de cours. Une licence transactionnelle numérique était offerte parce que l'AUCC et l'ACCC

need to offer digital transactional licences.

[7] Access has acted and continues to act in good faith. The Board has already stated that the transparent exercise of a clear right is not a sign of bad faith. By conducting its business according to the interim tariff, Access is not showing bad faith. Access administers rights on a non-exclusive basis; users are free to approach affiliates directly.² Access has informed its affiliates of the potential consequences of issuing transactional licences in the current context,³ but has not tried to dictate their conduct, and could not do so. It has even informed them that they retain the option to licence institutions directly; according to the objectors' own evidence, many continue to do so.

[8] Transactional licences are ill-suited to digital uses in a post-secondary setting, where the use of protected works is widespread, dispersed and decentralized. In this instance, there is considerable dispute as to which uses require a licence; since transactional licencing regimes are dependent on users concluding that they need the licence, such disputes create confusion which can only result in increased non-compliance. In the current environment, the compliance problems associated with a transactional business model are considerable.

[9] As an alternative, Access argues that if the Board is inclined to make any change to the interim tariff with respect to digital licensing in response to AUCC's application, given the uncertainty and number of unsettled issues surrounding digital copying, the Board should remove the digital option altogether, leaving

refusaient que leur licence-type couvre ce genre de copies. Comme le tarif provisoire comporte désormais une option numérique sans frais immédiats pour les établissements, Access ne voit nul besoin d'offrir de licences transactionnelles pour la copie numérique.

[7] Access a agi et continue d'agir de bonne foi. La Commission a déjà dit que l'exercice transparent d'un droit clair n'est pas un signe de mauvaise foi. En faisant affaire conformément au tarif provisoire, Access ne fait pas preuve de mauvaise foi. Access administre des droits sur une base non exclusive; les utilisateurs sont libres de traiter directement avec les éditeurs d'Access.² Si Access a avisé ces derniers des conséquences que pourrait entraîner l'octroi de licences transactionnelles dans le contexte actuel,³ elle n'a pas tenté de dicter leur conduite, ce qu'elle ne pourrait d'ailleurs pas faire. Elle les a même avisés qu'ils pouvaient toujours traiter directement avec les établissements; aux dires mêmes des opposants, plusieurs continuent à le faire.

[8] La licence transactionnelle est mal adaptée aux utilisations numériques dans le contexte de l'enseignement postsecondaire, où l'utilisation d'œuvres protégées est étendue, dispersée et décentralisée. Dans la présente affaire, la question de savoir quelles utilisations nécessitent une licence est très controversée; étant donné qu'un régime de licence transactionnelle dépend du fait que l'utilisateur considère ou non en avoir besoin, cette controverse crée de la confusion, ce qui ne peut manquer d'augmenter la non-conformité. Dans l'environnement actuel, les problèmes de conformité associés au modèle d'affaires transactionnel sont considérables.

[9] Comme solution de rechange, Access dit que si, en réponse à la demande de l'AUCC, la Commission était encline à modifier le tarif provisoire pour ce qui touche les licences de copie numérique, elle devrait, vu l'incertitude et le nombre de questions non réglées, supprimer purement et simplement l'option numérique et

parties to address the issues fully at the hearing of the tariff, when the Board will have the benefit of a complete evidentiary record. Professor Katz agrees.

[10] The applications of AUCC and of professor Katz are denied, for the following reasons.

[11] First, AUCC and ACCC earlier asked that any interim tariff reflect pre-existing licences while allowing institutions to deal directly with copyright owners.⁴ The interim tariff currently does precisely this.

[12] The interim tariff seeks to reflect the *status quo* to the extent possible and reasonable. The agreements the tariff replaced were “take it or leave it” licences. Therefore, the “take it or leave it” nature of Access’ dealings cannot of itself justify changing the *status quo* by adding a transactional licence where none existed.

[13] The Board’s reasons of March 16, 2011 contain the following statement:

[...] users whose consumption patterns justify different rates remain free to secure, from Access or from others, transactional or other licences that will trump the tariff. The fact that the interim tariff can be modified at any time ensures that Access will display good faith in such negotiations. Any misconduct on its part would necessarily be reported to the Board, which would take it into account in any further consideration of this matter.⁵ [our underling]

[14] Relying on this statement, objectors argue that the refusal of Access to deal with institutions on a transactional basis constitutes misconduct warranting an intervention on the part of the Board. We disagree. To state that a user is free to approach Access for a licence does not mean that

laisser aux parties le soin de débattre pleinement de ces questions à l’audience à venir sur le tarif, lorsque la Commission aura en main un dossier complet. Le professeur Katz est d’accord.

[10] Les demandes de l’AUCC et du professeur Katz sont rejetées, pour les motifs qui suivent.

[11] Premièrement, l’AUCC et l’ACCC ont antérieurement demandé que le tarif provisoire reflète les accords de licence préexistants tout en autorisant les établissements à traiter directement avec les titulaires de droits.⁴ Or c’est précisément ce que fait le tarif provisoire actuel.

[12] Le tarif provisoire cherche à refléter le *statu quo* dans toute la mesure possible et raisonnable. Les ententes que le tarif remplace étaient à prendre ou à laisser. Par conséquent, cela ne peut suffire en soi à justifier de changer le *statu quo* en ajoutant l’option de la licence transactionnelle là où aucune n’existait.

[13] On retrouve le passage suivant dans les motifs de la Commission en date du 16 mars 2011 :

[...] les utilisateurs dont les habitudes de consommation justifient l’imposition de différents taux demeurent libres de se procurer, auprès d’Access ou d’autres sources, une licence transactionnelle ou autre qui aura préséance sur le tarif. Le fait que le tarif provisoire puisse être modifié en tout temps garantit la bonne foi d’Access dans de telles négociations. Toute inconduite de sa part serait nécessairement signalée à la Commission, laquelle en tiendrait compte à toute étape subséquente de la présente affaire.⁵ [notre soulignement]

[14] Se fondant sur cet énoncé, les opposants font valoir que le refus d’Access de négocier à la pièce équivaut à de l’inconduite et justifie l’intervention de la Commission. Nous ne sommes pas d’accord. Dire qu’un utilisateur est libre de s’adresser à Access pour obtenir une licence ne signifie pas

Access must accede to the request. Whether the refusal of Access is reasonable must be assessed according to all the relevant circumstances. In this instance, Access is *prima facie* justified to rely on the interim tariff and let the regulatory process run its course: see below, paragraph 16.

[15] Second, AUCC asks for something institutions either never had or rarely used. Based on the record, we conclude that, at least since 2004, Access has granted digital or paper transactional licences only to institutions that bought the FTE licence, and only for uses that were not allowed by the FTE or coursepack licences. Furthermore, the use of digital transactional licences was minimal. In 2010, permission was sought for 1,160 titles. Less than two per cent of institutions regularly purchased digital transactional licences, and less than 10 per cent made at least one application. Royalties paid pursuant to those licences totaled less than one per cent of what Access collected pursuant to the FTE and coursepack licences.

[16] Third, we agree that once a tariff is in place, a collective should be entitled to rely on it. Arguably, when a collective opts for a tariff, it is in part to avoid the costs associated with transactional dealings. Such a course of conduct is rational and *prima facie* fair: see below, paragraph 25. Therefore, a collective's refusal to deal with users outside of the tariff does not constitute misconduct warranting an intervention on the part of the Board absent exceptional circumstances which have not been demonstrated in this instance.

[17] Earlier pleadings of Access contain statements that AUCC interprets as an invitation

qu'Access doit accéder à sa demande. La question de savoir si le refus d'Access est raisonnable doit être examinée eu égard à l'ensemble des circonstances pertinentes. En l'espèce, Access est à première vue justifiée de s'appuyer sur le tarif provisoire et de laisser le processus réglementaire suivre son cours : voir le paragraphe 16 ci-dessous.

[15] Deuxièmement, l'AUCC demande quelque chose que les établissements n'ont jamais eu ou ont rarement utilisé. D'après le dossier, nous concluons que, au moins depuis 2004, Access a octroyé des licences transactionnelles pour la copie imprimée ou numérique uniquement aux établissements qui achetaient la licence ÉTP, et uniquement pour des utilisations non autorisées par la licence ÉTP ou celle relative aux recueils de cours. De plus, le recours à la licence transactionnelle numérique était minimal. En 2010, l'autorisation a été demandée pour 1 160 titres. Moins de deux pour cent des établissements ont acheté régulièrement des licences transactionnelles numériques, et moins de 10 pour cent ont fait au moins une demande. Les redevances versées en vertu de ces licences équivalent à moins de un pour cent des redevances perçues par Access au titre de la licence ÉTP et de la licence relative aux recueils de cours.

[16] Troisièmement, nous convenons que dès lors qu'un tarif existe, une société de gestion devrait pouvoir s'en remettre à ce tarif. On peut penser que lorsqu'une société de gestion opte pour un tarif, c'est en partie pour éviter les coûts associés à des négociations à la pièce. Une telle conduite est rationnelle et de prime abord équitable : voir le paragraphe 25 ci-dessous. Par conséquent, le fait qu'une société de gestion refuse de répondre aux demandes d'utilisateurs hors du cadre du tarif n'équivaut pas à une inconduite justifiant l'intervention de la Commission, sauf circonstances exceptionnelles dont l'existence n'a pas été démontrée en l'espèce.

[17] Des observations antérieures d'Access contiennent des énoncés que l'AUCC interprète

to ask for transactional licences. According to AUCC, Access is now withdrawing that invitation to the prejudice of the institutions. This interpretation, while reasonable, is not the only possible one. Another is that Access is willing to negotiate individual blanket licences. Such licences would trump any future tariff in all respects for the concerned institutions, thereby creating certainty for all concerned: Access, its affiliates and the institutions. What AUCC proposes does not provide such certainty: see below, paragraph 30.

[18] Fourth, to the extent this is relevant, the evidence available leads us to conclude that Access and its affiliates have not colluded with each other. According to the objectors' own evidence, only some Access affiliates refuse to source licence their works. Source licensing remains possible: Lethbridge College and the University of Guelph had no problems dealing directly with all approached publishers but one.⁶ Furthermore, the refusal to issue direct digital transactional licences seems part of a trend, quite independent from the current proceedings, whereby publishers have their digital licensing handled by third party clearinghouses, due to lack of in-house staff to handle case by case permissions.⁷ In any event, while the general regime under which Access operates constrains the discretion of Access in dealing with users, it does not impose such constraints on its affiliates.

[19] Access did inform its affiliates of one possible consequence of issuing direct licences while these proceedings are under way.⁸ Copies of works in the repertoire of Access that are licensed directly with an affiliate will be removed from any royalty calculation. Once a tariff is certified, an institution will be free to copy the same work pursuant to the tariff at no additional cost if, as Access has requested, the coursepack licence is abandoned and only the FTE licence is certified, since the work is part of the repertoire of Access.⁹

comme une invitation à demander des licences transactionnelles. Selon elle, Access revient maintenant sur son invitation, au préjudice des établissements. Cette interprétation, bien que raisonnable, n'est pas la seule possible. Une autre voudrait qu'Access soit disposée à négocier des licences générales sur une base individuelle. De telles licences prévaudraient sur tout tarif futur à tous égards pour les établissements concernés, ce qui créerait une certitude pour tous les intéressés : Access, ses éditeurs et les établissements. Ce que l'AUCC propose ne procure pas cette certitude : voir le paragraphe 30 ci-dessous.

[18] Quatrièmement, dans la mesure où cela est pertinent, la preuve disponible nous amène à conclure qu'Access et ses éditeurs ne se sont pas concertés. Selon la propre preuve des opposants, seuls certains éditeurs d'Access refusent d'affranchir eux-mêmes les droits sur leurs œuvres. L'affranchissement à la source reste possible : le collège Lethbridge et l'université Guelph n'ont eu aucune difficulté à traiter directement avec tous les éditeurs contactés, sauf un.⁶ De plus, le refus d'octroyer directement des licences transactionnelles numériques semble s'inscrire dans une tendance, indépendante de la présente instance, voulant que les éditeurs soustraient à des organismes de centralisation l'octroi de licences numériques, faute de personnel maison suffisant pour gérer les demandes d'autorisation à la pièce.⁷ Quoi qu'il en soit, si le régime général dans le cadre duquel Access fonctionne limite sa faculté de traiter avec les utilisateurs, il n'impose pas pareilles limites à ses éditeurs.

[19] Access a bien avisé ses éditeurs d'une conséquence que pourrait entraîner l'octroi de licences directes pendant le cours de la présente instance.⁸ Les copies d'œuvres faisant partie du répertoire d'Access autorisées directement par un éditeur d'Access seront soustraites du calcul des redevances éventuelles. Une fois le tarif homologué, un établissement sera libre de copier la même œuvre en application du tarif sans frais additionnels si, comme le demande Access, la licence relative aux recueils de cours est

Informing affiliates of such facts is common sense and does not amount to conspiracy.

[20] Fifth, claims that Access exercises monopoly power remain unproven. Access is not a statutory monopoly; at most it is a natural monopoly which exercises market power based on its ability to offer copyright owners and users economies of scale. AUCC weakens its own argument about market power by stating that Access competes with its affiliates and other publishers or authors. The presence of this competition fetters the ability of Access to extract economic rents.

[21] Sixth, we agree with Access that transactional licences inherently raise monitoring issues, especially in such a decentralized setting as the institutions. These issues are compounded with digital copying. Yet rather than suggesting reporting and monitoring mechanisms that might provide some comfort on compliance control, objectors propose the transactional licence be exempt from all of the provisions of the tariff, including those relating to reporting and monitoring.

[22] Reporting, monitoring and audit provisions are key to most licensing regimes: if rights holders are entitled to expect that users will seek licences without being prompted,¹⁰ they are also entitled to expect that users will either propose or accept mechanisms that allow the efficient monitoring of compliance with the licence. A transactional licensing regime without such provisions is an invitation to copyright violation and unthinkable. Yet objectors propose that they be taken at their word. Who would decide that permission is or not needed? How would that determination be made? How would one calculate the number of copies triggering royalties? Would each download be

abandonnée et que la licence ÉTP est la seule à être homologuée, étant donné que l'œuvre fait partie du répertoire d'Access.⁹ Informer des membres affiliés d'un tel fait relève du bon sens, non du complot.

[20] Cinquièmement, les allégations voulant qu'Access exerce un pouvoir de monopole restent non prouvées. Access n'est pas un monopole créé par la loi; elle est au plus un monopole naturel qui exerce un pouvoir de marché fondé sur sa capacité à offrir des économies d'échelle aux titulaires de droits et aux utilisateurs. L'AUCC affaiblit son propre argument à propos du pouvoir de marché en disant qu'Access est en concurrence avec ses éditeurs et avec les autres éditeurs et auteurs. L'existence de cette concurrence réduit la possibilité pour Access de soutirer des rentes économiques.

[21] Sixièmement, nous convenons avec Access qu'un régime de licences transactionnelles soulève nécessairement des questions liées à la surveillance, surtout dans un cadre aussi décentralisé que celui des établissements. La copie numérique ajoute à la complexité. Or au lieu de proposer des mécanismes de rapport et de surveillance susceptibles de nous rassurer sur le contrôle de conformité, les opposants proposent que la licence transactionnelle soit exemptée de toutes les dispositions du tarif, y compris celles en matière de rapport et de surveillance.

[22] Les dispositions relatives à l'établissement de rapports, à la surveillance et à la vérification sont des éléments clés de la plupart des régimes de licences : si les titulaires de droits peuvent légitimement s'attendre à ce que les utilisateurs cherchent à obtenir des licences sans attendre qu'on le leur demande,¹⁰ ils peuvent aussi s'attendre à ce que ces derniers proposent ou acceptent des mécanismes permettant de surveiller avec efficacité s'ils respectent les conditions de licence. Un régime de licences transactionnelles qui ne comporterait pas de telles dispositions est une invitation à contrefaçon et est impensable. Les opposants proposent pourtant qu'on les croie sur

counted? What of multiple downloads by the same person? A digital transactional licence may well require giving the collective full access to teachers' course management systems: how can this be reconciled with the objectors' claims that existing reporting requirements already engage privacy issues? Based on the information available, in this market and for the time being, a digital transactional business model does not ensure that rights holders get paid for the uses of their works.¹¹

[23] Though the reporting difficulties associated with digital transactional copying in institutions may not be as formidable as Access paints them, they are nonetheless significant. Earlier in these proceedings, AUCC admitted that the value of a digital licence can be "undermined by onerous record keeping provisions that, in a university setting, are impractical or impossible to meet."¹² [our underlining]

[24] What we know of the institutions' dealings in digital transactional licences brings us no comfort. According to the objectors, the need for such licences from Access is so great that the Board should impose this model in the interim tariff. Yet in 2010, such licences generated royalties that are barely more than one thousandth of what "open access" licences negotiated through the Canadian Research Knowledge Network cost that same year. Either the institutions can do without any Access digital transactional licence, or the parsimony they displayed in applying for such licences raises serious enforcement issues. Either way, this weighs heavily against granting the objectors' application.

parole. Qui déciderait qu'une autorisation est nécessaire ou non? Sur quelle base se prendrait cette décision? Comment calculerait-on le nombre de copies assujetties à des redevances? Devrait-on comptabiliser chaque téléchargement?

Qu'arriverait-il dans le cas de téléchargements multiples par une même personne? Une licence transactionnelle numérique pourrait fort bien nécessiter de donner à la société de gestion plein accès aux systèmes de gestion de cours des enseignants : cela est-il conciliable avec la prétention des opposants qui affirment que les exigences en matière de rapport mettent déjà en cause la protection de la vie privée? Compte tenu de l'information disponible, dans ce marché et à l'heure actuelle, un modèle d'affaires transactionnel numérique ne garantit pas que les titulaires de droits seront dédommagés pour l'utilisation de leurs œuvres.¹¹

[23] Bien que les difficultés en matière de rapport associées à un régime transactionnel de copie numérique pour les établissements puissent ne pas être aussi énormes qu'Access les dépeint, elles sont néanmoins importantes. L'AUCC a admis plus tôt dans la présente instance que la valeur d'une licence peut être [TRADUCTION] « réduite du fait d'obligations de rapport onéreuses qui, dans un contexte universitaire, posent des problèmes d'ordre pratique ou sont impossibles à respecter. »¹² [notre soulignement]

[24] Ce que nous savons du comportement des établissements en matière de licences transactionnelles numériques n'a rien pour nous rassurer. Selon les opposants, le besoin de se procurer de telles licences auprès d'Access est si pressant que la Commission devrait imposer ce modèle dans le tarif provisoire. Pourtant en 2010, ce type de licence a généré des redevances d'à peine plus d'un millième de ce que les licences en « accès libre » négociées par l'entremise du Réseau canadien de documentation pour la recherche ont coûté pour cette même année. Soit les établissements peuvent se passer de licence transactionnelle numérique d'Access, soit la parcimonie avec laquelle ils demandent de telles

licences soulève des questions sérieuses au chapitre de l'application de la loi. D'une façon ou d'une autre, cela milite fortement à l'encontre de la demande des opposants.

[25] Seventh, we agree with Access that the administration of transactional licences tends to be cost intensive. Efficient per-transaction licensing is sometimes possible even for uses that generate low royalties per transaction, as seems to be the case in the online music services market. In this instance, however, nothing would lead us to conclude at this time that transaction costs are anything but relatively high. The fact, already mentioned in paragraph 18, that publishers are hiving off their digital transactional business to clearinghouses serves to confirm this impression. So is the fact that the open access licences filed with us are blanket licences.

[26] Eighth, the documents objectors have filed to date contain so many explicit or implicit contradictions that it has become difficult to lend credence to their statements.

[27] Thus, the institutions' ability to make digital copies of works in the repertoire of Access cannot at the same time be of such marginal value as not to require a tariff and be of such crucial importance as to require either generous access to transactional licences (as requested by AUCC) or remedies in the nature of an injunction against third parties who are not even involved in these proceedings (as proposed by Professor Katz).

[28] Also, if the digital repertoire of Access is either insignificant or non-existent, as Professor Katz maintains, then the inability to determine what the repertoire contains cannot seriously impede an institution's actions, and an affiliate's refusal to issue a digital transactional licence

[25] Septièmement, nous convenons avec Access que la gestion des licences transactionnelles tend à être coûteuse. L'octroi efficace de licences à la pièce est parfois possible, même pour des usages générant de faibles redevances par transaction, comme cela semble le cas dans le marché des services de musique en ligne. Dans la présente affaire, toutefois, rien ne nous permet de conclure que les coûts de transaction ne sont pas relativement élevés. Le fait, auquel nous avons déjà fait allusion au paragraphe 18, que les éditeurs sous-traitent leurs activités en matière de licences transactionnelles numériques à des organismes de centralisation confirme cette impression, tout comme le fait que les licences en accès libre déposées en preuve sont des licences générales.

[26] Huitièmement, les documents que les opposants ont déposés à ce jour contiennent tellement de contradictions explicites ou implicites qu'il devient difficile d'attacher foi à leurs déclarations.

[27] Ainsi, la possibilité pour les établissements d'effectuer des copies numériques des œuvres figurant dans le répertoire d'Access ne peut tout à la fois avoir si peu de valeur qu'elle ne requiert pas l'établissement d'un tarif et revêtir une importance à ce point cruciale qu'elle exige un accès généreux aux licences transactionnelles (comme le demande l'AUCC) ou un redressement assimilable à une injonction contre des tiers qui ne sont pas même partie à la présente instance (comme le propose le professeur Katz).

[28] De même, si le répertoire numérique d'Access est négligeable ou non existant, comme le soutient le professeur Katz, l'incapacité d'en déterminer le contenu ne saurait sérieusement gêner les établissements, et le refus d'un éditeur de délivrer une licence numérique transactionnelle

either has nothing to do with Access if Access does not own the rights or can only be a minor annoyance that is best ignored if it does. And if the institutions' switch to digital copies has been as significant as claimed, and if they manage to source clear digital rights to the extent said, the marginal use they may make of the repertoire of Access and for which they do not succeed in getting a source licence is so insignificant as to be of little impact on their ability to fulfill their mandate.

[29] Furthermore, if more competitive and vibrant models for lawfully accessing works are thriving and growing, then all the institutions have to do is to avail themselves of these models and ignore the Access repertoire altogether.

[30] Ninth, allowing transactional licences pursuant to the interim tariff could lure institutions into a false sense of security. A transactional licence issued pursuant to the interim tariff could not provide closure. If the final tariff provides only for a FTE licence, as Access requested, then the institution that availed itself of an interim transactional licence will be liable for the full FTE price unless the final tariff provides otherwise.

[31] Finally, the balance of convenience continues to favour Access.¹³ Amounts in issue are *prima facie* significant for Access, far less so for the institutions. It is conceivable that not collecting royalties may create operational difficulties at Access; it is unlikely that any amount of royalties the Board may set in the end will have any significant effect on the institutions concerned.

[32] A passing mention should be made of Professor Katz' reasoning with respect to digital copies. Contrary to what he states, the operational

n'a rien à voir avec Access dans la mesure où cette dernière ne détient pas les droits, ou alors n'est qu'un ennui sans importance qu'il convient d'ignorer si elle les détient. Par ailleurs, si le passage des établissements à la copie numérique est aussi important qu'on le dit, et si les établissements parviennent à affranchir les droits numériques à la source autant qu'on le prétend, l'usage marginal qu'ils font du répertoire d'Access et pour lequel ils ne peuvent libérer les droits à la source est si négligeable que cela ne peut guère affecter leur capacité de remplir leur mission.

[29] Qui plus est, si des modèles plus concurrentiels et dynamiques d'accès légal aux œuvres se développent et fleurissent, les établissements n'ont qu'à se prévaloir de ces modèles et à ignorer purement et simplement le répertoire d'Access.

[30] Neuvièmement, permettre la délivrance de licences transactionnelles en vertu du tarif provisoire pourrait donner aux établissements un faux sentiment de sécurité. Une licence transactionnelle délivrée en vertu du tarif provisoire ne clorait pas la question. Si le tarif définitif prévoit uniquement une licence ÉTP, comme Access le demande, l'établissement qui s'est prévalu d'une licence transactionnelle provisoire devra alors, sauf disposition contraire, payer le plein prix.

[31] Enfin, la prépondérance des inconvénients continue de jouer en faveur d'Access.¹³ Si les montants en jeu sont à première vue importants pour Access, ils le sont beaucoup moins pour les établissements. On peut concevoir que la non-perception de redevances crée des difficultés de fonctionnement pour Access; il est peu probable que tout montant de redevances que la Commission pourra fixer en définitive ait un effet important sur les établissements concernés.

[32] Soulignons en passant le raisonnement du professeur Katz en ce qui concerne la copie numérique. Contrairement à ce qu'il affirme, les

provisions of the tariff do not extend its ambit so as to include all published works. Subsection 4(1) of Appendix G of the interim tariff clearly states that the indemnity clause does not apply to digital copies; therefore, the digital licence does not allow institutions to copy what is not in the repertoire. Neither does section 38.2 of the *Copyright Act* necessarily cap damages payable for digital copies to a copyright owner whose works are not in the repertoire of Access. An institution probably must avail itself of the option provided for in section 29 of the tariff since the cap pertains only to "copying of that general nature and extent"¹⁴ as covered in the tariff.

[33] There is no need to address arguments concerning the Board's jurisdiction to provide the remedy requested by AUCC. The Board's power to vary a tariff is so wide as to allow it to substitute a completely novel formula to that which a collective proposed, as long as the tariff remains a tariff. Even though Access applied for a tariff that offers only the FTE licence, it will be open to the Board in its final decision to set royalties according to any reasonable formula it chooses, including one based on the number of copies made.

[34] On the other hand, the remedy Professor Katz proposes is not within the Board's powers to grant. Once a collective has applied for a tariff pursuant to the general regime, the Board cannot force it to deal outside the tariff with users that are subject to the tariff.¹⁵ Neither can the Board, under any circumstances, force those who have asked the collective to act on their behalf to deal directly with users, on a transactional basis or otherwise. On this issue, Professor Katz confuses the power to regulate a collective's dealings with users (which the Board has) with the power to regulate the dealings of a collective's rights holders with

dispositions opérationnelles du tarif n'en élargissent pas la portée de façon à englober toutes les œuvres publiées. Le paragraphe 4(1) de l'annexe G du tarif provisoire prévoit clairement que la clause d'indemnisation ne s'applique pas aux copies numériques; par conséquent, la licence numérique ne permet pas aux établissements de copier ce qui n'est pas dans le répertoire d'Access. L'article 38.2 de la *Loi sur le droit d'auteur* plafonne pas non plus nécessairement le montant de dommages-intérêts payable pour les copies numériques à un titulaire dont les œuvres ne figurent pas dans le répertoire d'Access. Il faut sans doute que l'établissement se prévale de l'option prévue à l'article 29 du tarif puisque le plafond ne s'applique que si le tarif traite, dans une certaine mesure, « de la nature et de l'étendue de la reproduction ».¹⁴

[33] Il n'est pas nécessaire d'examiner les arguments portant sur la compétence de la Commission à l'égard du redressement demandé par l'AUCC. Le pouvoir très large de la Commission de modifier un tarif l'autorise à substituer une formule entièrement nouvelle à celle proposée par une société de gestion, pourvu que le tarif reste un tarif. Bien qu'Access ait demandé un tarif offrant uniquement la licence ÉTP, il est loisible à la Commission de rendre une décision définitive qui établit des redevances fondées sur n'importe quelle formule raisonnable qu'elle retient, y compris le nombre de copies effectuées.

[34] Par contre, le redressement que propose le professeur Katz n'est pas du ressort de la Commission. Dès lors qu'une société de gestion a demandé un tarif en vertu du régime général, la Commission ne peut la forcer à traiter hors du tarif avec les utilisateurs qui y sont assujettis.¹⁵ La Commission ne peut davantage, en aucun cas, forcer ceux qui ont demandé à la société d'agir en leur nom à traiter directement avec les utilisateurs, sur une base transactionnelle ou autre. Sur ce point, le professeur Katz confond le pouvoir de réglementer comment une société de gestion se conduit avec les utilisateurs (que la Commission

those same users (which the Board does not have).

[35] The Board may have the power to prohibit Access from issuing transactional licences. Since Access already refuses to issue such licences, little would be accomplished by doing this and there is no need to further address the issue.

[36] We do not feel the need to address the numerous competition issues raised by the objectors. The extent that these are relevant, they are better left to later, when the Board has a full record on which to decide.

[37] Neither do we feel the need to address the alternative remedy proposed by Access and endorsed by Professor Katz.

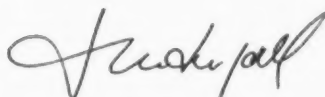
possède) avec celui de régler comment des titulaires de droits associés à cette société se conduisent avec ces mêmes utilisateurs (que la Commission ne possède pas).

[35] Il se peut que la Commission ait le pouvoir d'interdire Access d'octroyer des licences transactionnelles. Étant donné qu'Access refuse déjà d'octroyer ce type de licence, cela ne serait guère utile et il n'est pas nécessaire de traiter davantage de la question.

[36] Nous estimons inutile d'examiner les nombreuses questions qu'ont soulevées les opposants à l'égard de la concurrence. Dans la mesure où ces questions sont pertinentes, il est préférable d'en remettre l'analyse à un autre moment, lorsque la Commission aura en main un dossier complet.

[37] Il ne nous paraît pas non plus nécessaire d'examiner la question du redressement subsidiaire proposé par Access avec l'appui du professeur Katz.

Le secrétaire général,



Gilles McDougall
Secretary General

ENDNOTES

1. Considerable confusion exists concerning what is mandatory and what is not. If an institution does not need a licence from Access, it is not required to comply with the interim tariff. What is available from sources other than Access is such that institutions are quite capable to function without a licence from Access and therefore, to ignore the tariff (at least, according to the objectors). However, if an institution chooses to use the repertoire of Access and cannot clear the rights directly with the publisher, it is required to comply with the tariff.
2. In turn, affiliates are free to deal with users, to decline issuing a licence or to ask them to deal with Access.
3. See below, para. 19.
4. AUCC, December 16, 2010 letter at p. 6; ACCC, December 17, 2010 letter at p. 3.
5. *Access Copyright Interim Post-Secondary Educational Institution Tariff, 2011-2013* (March 16, 2011) Copyright Board Decision at para. 45. [*Interim Tariff*]
6. ACCC, June 16, 2011 submissions, Appendix D at paras. 4, 14.
7. AUCC, July 19, 2011 reply, Appendix B at p. 2.
8. *Ibid.*
9. Professor Katz points out that affiliates may seek to influence the outcome of the survey the parties are likely to conduct in these proceedings by issuing less direct licences than they otherwise would. The risk is as great, or more, that institutions will seek to

NOTES

1. Il règne une grande confusion par rapport à ce qui est obligatoire et ce qui ne l'est pas. L'établissement qui n'a pas besoin de la licence d'Access n'a pas à se conformer au tarif provisoire. Si l'on en croit les opposants, ce qui est disponible ailleurs que chez Access fait en sorte qu'un établissement peut fort bien opérer sans licence d'Access et, par conséquent, en ignorant le tarif. Par contre, l'établissement qui choisit d'utiliser le répertoire d'Access et qui ne peut libérer les droits d'un éditeur doit se conformer au tarif.
2. En retour, les éditeurs d'Access sont libres de négocier avec les utilisateurs, de refuser d'accorder une licence ou de leur demander de s'adresser à Access.
3. Voir le para. 19 ci-dessous.
4. AUCC, lettre du 16 décembre 2010 à la p. 6; ACCC, lettre du 17 décembre 2010 à la p. 3.
5. *Tarif provisoire d'Access Copyright pour les établissements d'enseignement postsecondaires, 2011-2013* (16 mars 2011) décision de la Commission du droit d'auteur au para. 45. [*Tarif provisoire*]
6. ACCC, observations du 16 juin 2011, Annexe D aux paras. 4, 14.
7. AUCC, réplique du 19 juillet 2011, Annexe B à la p. 2.
8. *Ibid.*
9. Le professeur Katz souligne que les éditeurs d'Access peuvent chercher à influencer le résultat de l'enquête que les parties mèneront sans doute en l'espèce en octroyant moins de licences directes qu'ils ne le feraient autrement. Il y a risque tout

influence the outcome of the survey by source-licensing more than in the past or by encouraging professors, employees and students to make the copies they need outside the survey period.

aussi grand, sinon plus, que les établissements cherchent à influencer le résultat de l'enquête en obtenant davantage de licences directes que dans le passé ou en incitant les professeurs, employés et étudiants à effectuer les copies dont ils ont besoin en dehors de la période d'enquête.

10. *Interim Tariff*, *supra* note 5 at paras. 40, 41.

10. *Tarif provisoire*, *supra* note 5 aux paras. 40, 41.

11. *Ibid.* at para. 36.

11. *Ibid.* au para. 36.

12. AUCC, January 21, 2011 letter at p. 5.

12. AUCC, lettre du 21 janvier 2011 à la p. 5.

13. *Interim Tariff*, *supra* note 5 at para. 32.

13. *Tarif provisoire*, *supra* note 5 au para. 32.

14. *Copyright Act*, s. 38.2(3).

14. *Loi sur le droit d'auteur*, a. : 38.2(3).

15. On the other hand, once a tariff provides for a business model, users can demand that collective deal with them on that basis.

15. Par contre, dès qu'un tarif prévoit une façon de faire affaire, l'utilisateur peut exiger que la société de gestion traite avec lui de cette façon.